



Poder Judicial

Resolución nº - año 20. Tomo . Folio nº



DUFOUR DANIELA NATALIA C/ BANCO HIPOTECARIO SA S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

21-24617018-2

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 1ra. Nom.

VENADO TUERTO, 09 de Noviembre de 2022

Y VISTOS: Los autos caratulados:

“DUFOUR DANIELA NATALIA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA” CUIJ: 21-24617018-2 en trámite por ante este Juzgado en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación Judicial de Venado Tuerto;

DE LOS QUE RESULTA : Que a fs.

2/21 de autos, la Sra. Daniela Natalia Dufour con domicilio real en calle Sarmiento 602 de la localidad de Murphy, con el patrocinio letrado del Dr. José María Cónzoli con domicilio legal en calle España 872 de la ciudad de Venado Tuerto, promueve formal demanda en los términos del Art. 53 de la Ley 24.240 contra Banco Hipotecario S.A, domiciliado en calle San Martín 761 de esta ciudad.

Reclama: 1.- Se declare la inexistencia y/o nulidad del débito por la Caja de Ahorros en pesos N° 4-051-0001579388-9 por la suma de \$80.000 con más los intereses compensatorios y punitivos desde que la misma se efectuó – el 15/06/2021 por ausencia de consentimiento. En el mismo sentido y de forma accesoria se declare la nulidad o inexistencia de la transferencia realizada sin el consentimiento por el monto señalado, debiendo acreditarse dicha suma a la Caja de Ahorro señalada.

2.- Indemnización por daño moral por \$300.000 y/o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse y/o lo que en definitiva fije VS al dictar pronunciamiento.

3.- Se sancione a la demandada con una multa civil pro la suma de \$500.000 en concepto de daño punitivo y/o lo que en definitiva fije VS al dictar pronunciamiento.

Como HECHOS se expresa: “La Sra. Dufour, expresa que el día 15 de Junio de 2021, se encontraba en su casa, y que a las 16:49 hs. comenzó a recibir notificaciones de su correo electrónico que indicaban mails del Banco Hipotecario mencionando códigos de verificación para que se genere el cambio de clave y de usuario de su Home Banking.- Que ingresa de manera inmediata al correo y ya no estaban, que fueron eliminados por quien hackeó su correo electrónico personal (danidufour@hotmail.com).- Que en ese momento llega un mail donde indica que se agendó beneficiario de transferencia.- Que a las 16:52 hs., comienza a llamar a atención al cliente del Banco Hipotecario y al ingresar su clave Búho Fácil le indica que es incorrecta; corta e intenta ingresar desde la App y también le dice que es incorrecto; a las 17:02 hs. vuelve a llamar a atención al cliente para generar una nueva clave y lo logra, mientras tanto seguía sin poder ingresar al Home Banking.-

Manifiesta que en ese interín, recibe una notificación donde se indica que se realizó una transferencia de \$80.000.- a una cuenta desconocida; mientras tanto se dirige a su PC y logra cerrar sesión en todos los dispositivos donde se encontraba abierto su correo electrónico, y para las 17:08 hs. vuelve a llamar y consulta el saldo donde le indican que en su Caja de Ahorros había \$136.-; que a las 17:14 hs., logra comunicarse con un operador de Atención al Cliente.- Que totalmente angustiada le informa al Operador la situación, pidiéndole que lo evite ya que estaba ocurriendo en esos minutos, el representante del Banco le pide que se tranquilice, que es posible que estuviese viviendo una ciberestafa, que en Banco iba a analizar la situación y en un plazo menor a 15 días le darían respuesta; le explica



Poder Judicial

que no puede ingresar al Home Banking y le informa que proceda a cambiar el usuario.- Una vez en su Home Banking elimina la cuenta de mail que tenía registrada y carga una nueva.-

Expresa que luego se comunica con VISA para denunciar las tarjetas de débito y crédito del Banco Hipotecario que estaban visualizadas en su Home Banking a fin de evitar que la estafen por ese método.-

Que al día siguiente, inicia un reclamo vía Web en el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, que queda asentado bajo el número "RECLAMO #603009 - DUFOUR, DANIELA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A".-

Que el 17 de Junio de 2021, se presenta en la dependencia del Centro Territorial de Denuncias de Venado Tuerto, para denunciar el hecho, la misma queda registrada bajo el N° D-3001-005147-2021, y con copia de la demanda se dirige al Banco Hipotecario, donde Mariela Tinnerello recibe la misma, en ese momento consulta a Guillermina Nazabal quien se encarga del área de fraude, como no le responden le piden que se retire que luego la llamarían por teléfono para comentarle los pasos a seguir.- Más tarde la llama Mariela para indicarle que debe enviar una foto de una carta escrita en puño y letra donde se mencione lo ocurrido y que detalle los movimientos conocidos y desconocidos de su cuenta, junto con copia de su DNI.- El mismo día, envía a través de su nueva dirección de correo electrónico la documentación solicitada, y la Sra. Tinnerello le responde que la Sra. Nazabal ese mismo día le enviará la documentación al área fraude.-

Que pudo acceder normalmente a su Home Banking durante los próximos días luego del hecho.- Que pasado ese tiempo, intenta volver a ingresar Home Banking y comunicarse con atención al cliente y no lo logró.- Que consultó vía mail en la Sucursal de Venado Tuerto y le informan que bloquearon sus

accesos como medida de seguridad.-

Que cumplidos los quince días de plazo que había mencionado el operador de atención al cliente, el día 30 de Julio de 2021 se presenta en el Banco Hipotecario para que puedan responderle.- La recibe la Gerente de la Sucursal Romina Pena, y le solicita que verifique su nueva dirección de correo electrónico ya que no había recibido, hasta ese momento, respuesta del área de fraude.- Le explica que siendo las 10:00 hs. el Banco tenía hasta 5 hs. de tiempo para cumplir con el plazo.- Le indica también que no puede darle respuesta ya que no depende de ella.-

Que, finalmente, el día 02 de Julio de 2021, llega la respuesta del Banco Hipotecario, la envían a su mail anterior, el que fue hackeado, el que eliminó de su Home Banking el día del hecho y el mismo que verificó junto con la Gerente.-

Expresa que pudo verlo por que siguió teniendo acceso.-

Agrega que nunca reveló sus datos en general ni tampoco usuarios y claves del Home Banking del Banco Hipotecario.- Que tiene esa cuenta desde el año 2014, que jamás validó operaciones a través de correo electrónico...”

*Como normativa aplicable alude: “...Art. 1 Ley 24.240 y Art. 1093 CcyCN, al ser consumidora - frente al Banco BBVA como proveedor de servicios bancarios. A ello se suma, que el actor en un consumidor con agravada vulnerabilidad, conforme a la reciente Resolución 139/2020 del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO- SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, es decir, es un **CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE**. Es decir, además de ser una usuaria financiera, la actora es parte de una población que padece una profunda situación de vulnerabilidad en razón de circunstancias económicas y sociales...*

...Conforme lo manifestado, además de empleada,



Poder Judicial

soy ama de casa con dedicación al cuidado de sus hijos, por lo que dicha condición lo convierte en una CONSUMIDORA HIPERVULNERABLE....”.-

Como **RUBROS** y/o pretensiones reclama:

1.- DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE CONTRATACIÓN DE TRANSFERENCIA.

Y por ello reclama “...la suma de \$80.000 con más los intereses compensatorios y punitivos desde que se celebró ese contrato sin la voluntad de la clienta del banco, la misma se efectuó – el 15/06/2021, debiendo acreditarse dicha suma a la Caja de Ahorro de la propia actora...”

2.- DAÑO MORAL.

“La confianza y tranquilidad que generaba el sistema informático del Banco fueron destruidas por la demandada, toda vez que con la sola lectura de los hechos, se nota con claridad la vulnerabilidad del sistema, generando sentimientos de intranquilidad, preocupación, etc., que al día de la fecha repercuten negativamente en su estado espiritual y se trasladan a todo su entorno personal...”

“Durante todo este tiempo, he tenido innumerables gestiones y trámites para obtener siempre respuestas negativas e infundadas de representantes del Banco, no teniendo otra opción que acudir a un letrado e iniciar la presente acción judicial...”

Invoca como principios aplicables la obligación del banco de concretar un trato digno al consumidor y además el principio pro homine o favor persona que respalda esa carga del prestador del servicio.-

Ante ello concluye: *“...solicito la suma de \$300.000 (pesos trescientos mil) o en lo que en más o en menos determine VS...”*.

3.- DAÑO PUNITIVO .

Argumenta para justificar su procedencia: “...En el caso que nos ocupa debo decir que estamos ante un caso de importante gravedad de la conducta, agravado ello en el aprovechamiento de la situación de debilidad económica de mi mandante mostrando un marcado menosprecio a su situación de debilidad económica de mi mandante mostrando un marcado menosprecio a su situación e indiferencia de su parte respecto de los derechos como consumidor bancario. ..”

Agrega: “...las practicas perpetradas por el banco resultan inadmisibles, no brindó al usuario los dispositivos de seguridad adecuados al servicio prestado, en un contexto de alto riesgo advertido por el BCRA con incremento de ciberdelitos no estuvo a la altura de las exigencia, no verificó la autenticidad del pedido a pesar de ser una operación no habitual en el cliente, no remitió las condiciones del contrato de préstamo supuestamente concertado, no dio aviso de las transferencias efectuadas, no resolvió los reclamos presentados por el usuario violando toda la regulación que el BCRA emitió al respecto, y como si ello no bastara pretende seguir reclamando el crédito no solicitado...”.

Estima como monto correspondiente la suma de \$500.000 con lo que en más o menos estime el Tribunal.

A fs. 60/83 **la parte demandada** comparece representada por el Dr. Carlos Gomez Tomei como apoderado del Banco y contesta demanda, acompaña y ofrece prueba.

Expresa como su realidad de los hechos: “... Tal cual se desprende de las constancias que figuran en los registros de mi poderdante, los cuales se probarán a lo largo de este proceso, surge que no es correcto el relato de la actora en su escrito de demanda:... Nótese V.S, que de los hechos relatados la actora omite decir que sucedió, a quien le dio la clave de su email, nombre de usuario y



Poder Judicial

contraseñas de home Banking, para que alguien ingresara y modificara las claves y luego realizara una transferencia. Esto es imposible si no se cuenta con la complicidad de la actora. La actora relata omitiendo señalar los momentos antes a la llegada del primer correo electrónico, no da certeza en donde más estaba su sesión abierta que luego manifiesta haberla cerrado de todos los lugares posibles. Esto hace imposible determinar cuál fue el momento exacto en que la actora dejó abierta su sesión de home banking luego cambiar su clave de usuario.-

Es permanente la publicidad de advertencia que hacen todas las entidades financieras en sus páginas WEB, en las redes sociales: (Facebook Instagram Twitter, etc) y enviando correos electrónicos a las casillas de mail de sus clientes, pero nada de ese intenso trabajo preventivo sirve, si los clientes son descuidados y negligentes al momento de operar sobre sus cuentas a través de Internet.-

Cuando la Sra. Dufour llamó por teléfono al banco muy afligida denunciando los hechos, tal como correspondía hacerlo, el personal del Banco informo que, para protegerla y evitar nuevos fraudes futuros, iban a bloquear su cuenta y tarjeta.-

Si algún inconveniente sufrió la actora, fue debido a su propio error y/o imprudencia, pero bajo ningún punto de vista puede responsabilizar a mi mandante.- El fraude solo fue posible por su negligencia e imprudencia.-

Por otro lado en relación a los rubros reclamados, los repele diciendo:

I.- Daño Moral: *“...cuando el Banco se enteró de la situación, lo que primero que hizo fue proceder al bloqueo de sus cuentas y de la tarjeta de coordenadas para que no se siga agravando el daño y en todo momento se le explicó que dicho bloqueo lejos de hacerse en su perjuicio, era para protegerla.-*

Debe considerarse también, que debido

a la pandemia del COVID 19, la gran mayoría del personal de mi mandante no está concurriendo a su lugar de trabajo, sino que lo hace en forma remota y desde sus casas, donde obviamente los recursos no son los mismos que en las oficinas del Banco, pero así el Banco siempre estuvo presente atendiendo todos y cada uno de sus reclamos.-

Bajo esta perspectiva de gratuidad que le otorga la “Relación de consumo” y sin que aportar ninguna prueba concreta sobre la responsabilidad de mi mandante en la comisión de los hechos dañosos (ilícito), solicita una reparación de \$300.000.- por daño moral, reclamo que debe ser rechazado.-

Sucesos como el que se ventila en estas actuaciones, no pueden constituirse en fuente de enriquecimiento patrimonial, ya que ello constituía una solución in-equitativa e injusta.-

En los casos de indemnización por responsabilidad contractual y reclamo de daño moral, la jurisprudencia ha interpretado la facultad concedida al legislado con criterio estricto, exigiendo que quien lo invoca pruebe correctamente su acaecimiento, y que las perturbaciones excedan las imple molestias que pueda ocasionar el incumplimiento contractual.-

II.- Daño punitivo: *“... De las constancias de autos y de las explicaciones realizadas en los puntos anteriores, surge que no hubo incumplimiento contractual ni legal de parte de mi mandante y a más surge, que el Banco Hipotecario SA en ningún momento obró con dolo o malicia o abuso de posición. Por el contrario, mi representado actuó en todo momento dando estricto cumplimiento con la normativa emanada del BCRA, y las medidas que tomó luego que la actora denunció fraude en su cuenta sueldo, fueron de protección y prevención de mayores perjuicios económicos para ella.-*

... El fraude cometido por ese TERCERO ajeno a mi representado, jamás habría sido posible sin la deliberada u voluntaria colaboración.



Poder Judicial

de la Sra. Dufour.-

Ofreció prueba la demandada consistente en :

1)Resumen de cuenta de caja de Ahorro N° 4-051-0001579388-9 cbu 0440051640000157938892, registrada a nombre de la Sra. Dufour, Daniela Natalia DNI N° 31.023.303 y de un tercero, donde consta la transferencia cuestionada por la actora, cuyos datos vinculados a la que sería la cuenta receptora de la transferencia reflejada en el detalle de movimiento adjunto:

•15/06/2021 N/D – ENVIASTE TRASNFERENCIA DEBIN 27252257905 MARIA SOLEDAD 51 245Chq: 0 80,000.00. CBU destino: 0070076420000025272279 Titular cuenta destino: SANTANGELO MARIA SOLEDAD CUIL: 27252257905.....

2)Ofrezco la página Web de mi mandante como prueba (www.hipotecario.com.ar), donde figuran las advertencias de seguridad en la parte mas visible, y en donde S.S podrá apreciar las mi portantes recomendaciones de seguridad tendientes a evitar situaciones descriptas en la demanda. Para lo cual solicito se deje constancia por secretaría de dichas advertencias y se incorporen a las presentes actuaciones.-

3) Los archivos PDF adjuntados con este escrito, donde constan todas las recomendaciones de seguridad que están en esta página web oficial del Banco Hipotecario SA: (www.hipotecario.com.ar).-

4)La respuesta dada por mi representado al oficio librado en autos “NN S/ESTAFA VICTIMA: DUFOUR DANIELA NATALIA” Expte. CUIJ N° 21-08625070-2.-

5)Las publicaciones de advertencias y seguridad que hizo mi mandante en Instagram y Facebook unos días antes del 15/06/2021 y también días posteriores. Aclaro que también se publicaron muchísimas “HISTORIAS” de advertencia similares en instagram, pero como las mismas duran tan solo 24 horas (se borran), no resulta posible ofrecerles como prueba.-

6)Confesional, pericial informática e informativa.

A fs. 87 se provee de conformidad la prueba ofrecida por las partes.

A fs. 94/101 se resuelve la medida cautelar solicitada de devolución de montos transferidos.-

A fs. 102/126 el Dr. Gómez Tomei adjunta documental, en repuesta a la PRUEBA DOCUMENTAL INTIMATIVA requerida por la actora, habiéndose solicitado:

... “ **b) Documental en poder de la demandada:** Se requiera al nuevo Banco Hipotecario SA en los términos del art. 4 de la LDC acompañe: 1) los resúmenes correspondientes a los meses de junio julio agosto 2021 de la cuenta caja de ahorro en pesos 4-051-0001579388-9 ; 2) reclamos recibidos durante los años 2020 y 2021 por estafas electrónicas -phishing- ; 3) Copia del legajo de la actora, con indicación de alta titularidad de cuenta, préstamo solicitados por todo el periodo contractual.- 4) Reclamos efectuado por DOFOUR Daniela motivo de la trasferencias por la suma de pesos ochenta mil (\$80.000) 5) Intercambio de correo electrónicos entre partes “ (vide fs. 18 vta).-

Se respondió en escrito cargo N° 14671 (vide fs.126) :

“... La documental al ser muy pesada y siendo imposible ingresarla por el SISFE se adjunta al mail del Juzgado.-

Y respecto al punto dos del oficio que no tenemos forma de recabar dicha información y respecto al contrato de CA ya solicitamos el mismo al archivo externo para su remisión a la sucursal. Debido a la pandemia tal vez se demoren unos días es para tener en cuenta aún en Bs. As. Se encuentran trabajando desde sus domicilios”.-

A fs. 131 el Dr. Gómez Tomei acompaña la siguiente documental en original, que se reservó en Secretaria y en esta instancia decisoria se agrega en autos para su mérito.1)SOLICITUD N ° 15183031.2)FORMULARIO DE SOLICITUD BANCARIA F 3096.3)REGISTRO DE FIRMAS F 2192.4)SOLICITUD DE CREDITO HIPOTECARIO SOLICITUD N° 9.761.014.5)REGISTRO DE FIRMAS



Poder Judicial

PARA CAJA DE AHORRO.6)SOLICITUD DEL PLAN SUELDO.
7)PLANO DE CONSTRUCCIÓN.

8)15 RECIBO DE HABERES.9)CERTIFICADO LABORAL.
10)CONSTANCIAS DE ANSES. 11)SOLICITUD DE TASACIÓN.
12)COPIA DE ESCRITURA 202 PASADA ANTE ESCRIBANO
GONZALO LOPEZ SAUQUE. 13)PLANILLA DE PLAN PROCREAR.
14)LEGAJO PERSONAL DE SRA. DUFOUR.

A fs. 134 se provee prueba testimonial, confesional de la parte demandada y confesional de la parte actora.-

A fs. 149 el Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología contesta oficio N° 1475/21.

A fs. 161 el Ministerio Público de la Acusación contesta oficio N° 1476/21.

A fs. 162/234 el Ministerio Público de la Acusación en respuesta al oficio N° 1477/21-

A fs. 256 obra agregada Acta de Audiencia Testimonial en la cual comparece el Sr. Broccardo Adrian Alejandro.

A fs. 257 obra agregada Acta de Audiencia Confesional de la parte demandada.

A fs. 258 obra agregada Acta de Audiencia Confesional de la actora.

A fs. 265 la Oficina Municipal de Información al Consumidor en respuesta al Oficio N° 1478/21.

A fs. 277 la Asociación de Usuarios y Consumidores Unidos en respuesta al Oficio Ley N° 164/21.

A fs. 279 el Ministerio Publico Fiscal a cargo de la Unidad Especializada en Ciberdelitos, en respuesta al Oficio Ley N° 161.

A fs. 281/284 se agrega en autos Pericia Psicológica efectuada por la perito Carina Sicardi.

A fs. 289 obra agregada acta de Audiencia de Vista

de Causa efectuada el día 30 de Noviembre de 2021.-

A fs. 292 el Dr. Conzoli interpone revocatoria contra el decreto de fecha 18/11/2021, en el cual se dispuso nueva fecha de sorteo del perito informático.-

A fs. 294/295 el Dr. Gómez Tomei contesta traslado de la revocatoria interpuesta por la parte actora.-

A fs. 297 Dr. Gómez Tomei formula observaciones a la Pericia Psicológica.

A fs. 306 el Ministerio Público Fiscal contesta vista.

A fs. 310 el Dr. Conzoli solicita el pase de autos a despacho a los fines de resolver.

A fs. 314/315 mediante Resolución N° 01 de fecha 01 de Febrero de 2022 se dispuso: *“Rechazar el recurso de revocatoria incoado contra el decreto de fecha 18 de Noviembre de 2021, advirtiéndole que por haber ya pasado la fecha fijada de sorteo (3/12/2021) se dispone nueva fecha de sorteo de perito ingeniero para el 4 de marzo de 2022, a las 8,30 hs con idéntica formalidad a la ya dispuesta en el decreto impugnado”*.-

A fs. 316/320 la Dirección Nacional de Defensa de las y los Consumidores, respondió el Oficio N° 162.

A fs. 334 a los fines de efectuar la pericia informática se fija fecha de audiencia de sorteo de perito para el día 12 de Abril de 2022 a las 10 hs.-

A fs. 341 obra agregada acta de designación de Perito informático, en la cual el Sr. Lucas Gallardo acepta el cargo .

A fs. 348 se ordena intimar al perito informático actuante a los fines de que dentro del término de dos días, fije fecha de pericia.-

A fs. 349 el Sr. Lucas Gallardo, en su carácter de perito informático, fija fecha y lugar de pericia.

A fs. 355 obra agregada Acta de Audiencia en la cual



Poder Judicial

el Perito Lucas Gallardo manifiesta: *“Respecto a los puntos de pericia solicitados por la actora fojas 345 a 347 vta de autos manifiesta que puede responder los siguientes puntos: 2,3,4,5.1.3,5.1.6,5.1.7,5.1.8,5.1.9. En cuanto al resto de los puntos no se encuentran a disposición del perito por lo cual se requiere al departamento de sistemas de la entidad bancaria que se compromete a compartirlo con la pericia de parte, de ser recibido el mismo. Acto seguido la actora expone lo sucedido y pone a disposición del perito su teléfono móvil para que se efectúen las pericias pertinentes”.-*

A fs. 358 el Dr. Conzoli solicita intimar al perito sorteado a los fines de presentar la pericia ordenada; obrando cédula de intimación a fs. 360 de autos.-

A fs. 575/577 el Sr. Lucas Gallardo, en su carácter de perito actuante, acompaña pericia informática.-

A fs. 578 la Actuaría informa que los presentes autos han cumplimentado con los recaudos fiscales y para fiscales.-

A fs. 579 se hace saber a la partes del informe pericial acompañado.

A fs. 580 la parte actora solicitando el pase a despacho para resolver atento el estado procesal de la causa, solicita se declare extemporánea la pericial acompañada alegando que *“...siendo prueba ofrecida por la parte demandada no la instó, e intimado el perito en fecha 19/08/2022 fue presentada el 19/09/22, nueve meses luego de celebrada la audiencia de vista de la causa, sin perjuicio de que la misma carece de fundamentos técnicos en base a los cuales debió dictaminar. (arts. 70/193 y 148 segunda parte CPCC).*

A fs. 582 contesta la parte demandada la extemporaneidad alegada por la actora a la presentación de la pericial, Alega argumentos por los cuales solicita el rechazo de tal extemporaneidad, aclarando que la misma se concretó con la

intervención de perito de parte de la actora, quien además ofreció puntos de pericia no obstante haber manifestado su desinterés en la misma. Esgrime que *“...la conclusión de la pericia es contundente, en un informe de 74 fs. Concluye que el ataque fue de tipo phishing sobre el usuario y no sobre la plataforma de operación del banco, y ese resultado de la pericial no es aislado pues en la propia confesional la actora refiere que el hackeo viene de su email...”*

A fs. 590 nuevamente dictamina el Sr. Agente Fiscal considerando que: *“...considero suficiente el dictamen de fs. 306 por lo tanto entiendo que se encuentran dadas las condiciones para resolver la temática planteada.”*

A fs. 591 se pasan los autos a despacho para resolver.

Y CONSIDERANDO: Trabada la litis en esos términos, queda claro que la actora fue víctima de un hecho defraudatorio, por la cual un tercero, mediante algún ardid, hackeando el correo de la actora logra operar en la cuenta bancaria para de ese modo operar remotamente el sistema a su nombre.

En el caso particular que nos ocupa las maniobras consistieron básicamente en tomar un crédito a nombre de la actora y de forma casi inmediata, mediante transferencias sucesivas, girar el importe acreditado hacia otra cuenta.

Cabe determinar entonces si el BANCO HIPOTECARIO debe responder por la detracción patrimonial que sufrió la Sra. DUFOUR o si debe eximírsele de responsabilidad, en razón de que habría habido una conducta displicente por la propia actora con su correo electrónico, no obstante alegar que fue víctima de una estafa. Para decidir tal cuestión resulta esencial dar algunas pautas de interpretación del caso:

RELACIÓN DE CONSUMO. A fin de enmarcar



Poder Judicial

jurídicamente el caso, es necesario remarcar que estamos ante una típica relación de consumo, en la que el consumidor o usuario goza de la protección establecida en el **art. 42 CN y Ley 24.240**. Desde el primer decreto de trámite del proceso se aplica tal normativa y así también lo consideró el Ministerio Público Fiscal, dictaminando a fs. 306: *“En primer termino, considero que la temática discutida en autos ingresa dentro de los parámetros de la ley de Defensa del Consumidor, al respecto se ha dicho: Los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales. En segundo lugar, entiendo que es necesario producir la pericial informática, a los fines de verificar lo afirmado por la Actora y lo negado por la demandada. En tercer termino, considero que deberá evaluarse por parte de V.S., la posibilidad de la existencia de una perjudicialidad, en cuanto a la transferencia que salio de la cuenta de la actora y que dio origen a una intervención del MPA, según constancia de autos”*.-

Del dictamen de dicho Ministerio, ratificado luego en sus consideraciones a fs. 590 he de aclarar lo que considero sobre la situación de perjudicialidad que el mismo refiere, para luego continuar con el abordaje de la normativa aplicable a este caso.

CONSIDERACIÓN FISCAL: PREJUDICIALIDAD.

En relación a la situación de PREJUDICIALIDAD, conforme criterio que comparto en esta instancia decisoria sobre el fondo del asunto no resulta aplicable el impedimento de dictar sentencia civil analizando la responsabilidad de la entidad financiera en la situación dañosa alegada pro la actora como clienta del banco, por la falta de conclusión de la causa penal en la cual se investiga como imputada a la presunta beneficiaria de

los fondos que ahí se pretendieron sean restituidos a la actora.

Dicho criterio se sustenta en que la acción de daños aquí resuelta se encuentra fundada en un factor objetivo de responsabilidad civil, y por tanto una circunstancia expresamente exceptuada por el art. 1775 del CCC que habilita el dictado de sentencia en sede civil. Justamente el inciso c del artículo mencionado determina como excepción a la prejudicialidad “... si la acción civil pro reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad...”

Que en ese punto esta centrado este fallo, originado por la demanda en la cual la actora sustentó su reclamo aludiendo a la maniobra denominada phishing- estafa bancaria- generadora de la responsabilidad civil objetiva de la entidad bancaria por su deber de asumir los riesgos derivados de las fallas de seguridad del sistema bancario – art. 40 LDC y/o insuficiencia de las existentes, al verse generado un daño patrimonial en la consumidora a partir de la falta de idoneidad en el mismo.

Así las cosas, aquella investigación en sede penal de la conducta que habría desplegado una persona concretando una maniobra fraudulenta hackeando el correo de la usuaria del banco generando un perjuicio patrimonial a ella, difiere de la línea de responsabilidad civil objetiva del banco que se analiza en este proceso, criterio objetivo de atribución de responsabilidad exento de la prejudicialidad tal como la norma art. 1775 CCC literalmente lo determina: “... si la acción civil pro reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad...” -

NORMATIVA APLICABLE, DOCTRINA- JURISPRUDENCIA-

En este tópico es dable señalar que las



Poder Judicial

relaciones jurídicas- como la de autos- entre las entidades bancarias y sus clientes que tienen lugar a través de canales electrónicos resultan alcanzadas por el Código Civil y Comercial y si, por caso, el usuario que utiliza el servicio bancario lo hace con destino final deviene aplicable concomitantemente la ley de defensa del consumidor **(art. 1 y 2 de la ley 24.240)**.

Todo ello sin perjuicio de la profusa normativa administrativa dictada por el Banco Central y las demás entidades financieras que rige este tipo de actividad, dentro de las pautas que rigen la relación descrita, es de destacar el **art. 6 LDC** del cual surge explícito el deber de seguridad a cargo del prestador del servicio ofrecido.

A la luz de la regulación iusprivatista general, **las plataformas digitales son susceptibles de calificarse como una cosa riesgosa en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación.** Cabe recordar que la disposición precitada, adhiriendo a la interpretación expansiva de “cosa riesgosa” prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia previa a la última codificación, englobó no sólo a aquellas cosas que en sí mismas sean riesgosas, sino también a aquellas cosas e incluso actividades que, aunque por su naturaleza no comporten un riesgo específico, adquieran dicho carácter en virtud de los medios empleados o las circunstancias de su realización (cf. ARIAS, Carolina Isabel, GERSCOVICH, Carlos G. Responsabilidad bancaria en entornos digitales. Publicado en: RCCyC 2021 (septiembre), 5)

A su vez, **el art. 42 de nuestra Carta Magna** inaugura su texto refiriendo a que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos..." lo que deja expresamente establecida la obligación de seguridad en el

ámbito de consumo.

Esta promesa constitucional, enseña Moia, no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores ello puede entenderse como previsión de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor (MOIA, Ángel L., *"La responsabilidad bancaria por la defectuosa custodia de las chequeras no entregadas al consumidor"*, RCCyC 2021 (julio), 238, L.L., AR/DOC/1679/2021.).

Esta indudable vigencia del deber de seguridad en las relaciones de consumo se equipara a un "deber de indemnidad".

Como se ha dicho en doctrina, este **deber tácito resulta** invariablemente **de resultado**, con fundamento, precisamente, en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse de resultas de la ejecución o inejecución del deber primario de prestación (BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A., *"Obligación de seguridad"*, en WIERZBA, Sandra M. — MEZA, Jorge A. — BORAGINA, Juan C. (dirs.), *Derecho de daños, Hammurabi*, Buenos Aires, 2017, p. 258.).

Así se ha dicho así que *"los bancos por su espíritu de lucro y por la actividad que desarrollan, deben garantizar la seguridad de las personas y bienes de sus clientes"* (el caso referido a una salidera bancaria: Cám. Civ., Com. Lab. y Minería, Neuquén Sala III, 2/11/2013, "S., S. G. c. Banco Provincia del Neuquén S.A. s/ daños y perjuicios". L.L., AR/JUR/100886/2013).

Y con el correr del tiempo se ha generado en torno a los bancos un plexo de actividades complejas, muchas veces



Poder Judicial

sofisticadas y de riesgos cruzados. Ello sitúa el rol de la entidad bancaria demandada en una función especializada que se despliega profesionalmente como garante de las actividades económicas que se realizan por su intermedio, en cuyo cumplimiento debe extremar los cuidados requeridos por los intereses que le han sido confiados (arg. doct. Picasso-Vázquez Ferreyra, T° II Editorial LA LEY, p. 327).

En su calidad de intermediarios financieros, ejercen objetivamente una actividad privada, pero que reviste un intenso interés público y trascendente función social.

El desempeño de su actividad requiere de profesionalidad, idoneidad y experiencia en la gestión y administración de los servicios bancarios.

Así, las entidades financieras deben observar las reglas elementales de prudencia y buena organización para precaver de todo perjuicio a su cliente (Cám. Civ., Com., Mar del Plata, SALA III, 18/12/2018, "*Mármol, Carlos Eduardo c. Banco de la Pcia. de Buenos Aires*", L.L. AR/JUR/79273/2018).

Todo ello genera que la responsabilidad del banquero sea consecuencia de la actuación profesional propia de esa empresa, que presuma una especial pericia para el desempeño de su actividad, y que obliga a juzgar sus deberes con mayor severidad, conforme las pautas que prescribe el art. 1725 del CCC, en cuanto dispone "*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*" (cfr. Villegas, Carlos, "*Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*", Ed. Depalma, Bs. As., p. 462 y ss.).

La obligación de seguridad en el ámbito del derecho del consumo apareja un deber de resultado concreto,

eficaz y determinado —conforme arts. 774 inc. b y 1723 del Cód. Civ. y Com.— cuya inobservancia implicará, en consecuencia, una **responsabilidad de corte objetivo**, lo cual impactará en las eximentes de responsabilidad que podrá esgrimir la parte demandada.

En esta lógica la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también regidos por el estatuto del consumidor, pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras (CHAMATROPULOS, Demetrio A., *"El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos"*, RCyS 2010-IX, 95, L.L., AR/DOC/5129/2010.).

En el desarrollo de la practica actual para concretar operaciones bancarias, tales como la descrita por la actora, se advierte que **el uso de las plataformas digitales para concretar operaciones bancarias por parte de consumidores generan nuevas formas o maneras de vulnerar la seguridad de los usuarios que eran impensadas en la modalidad de gestión presencial.**

A ello cabe agregar que tales riesgos han sido introducidos por el proveedor en forma unilateral, más allá de la eventual adhesión de los usuarios bancarios al sistema de referencia. Hete aquí **la razón que justifica que el riesgo generado por las herramientas digitales quede a cargo de las entidades bancarias** (Cf. Stiglitz, G., Hernández, C., Barocelli, S., La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2991/2015). Es decir, quien suplantó aquel modo personal de concretar la toma de un crédito por el uso de las plataformas digitales para tales fines?



Poder Judicial

Así, en aras de determinar la responsabilidad de las entidades financieras por las estafas digitales padecidas por los consumidores bancarios, cabe traer a colación al art. 5 y 6 de la ley 24.240 –iluminado por el enfoque tuitivo que ya se mencionó en párrafos precedentes y le confiere el art. 42 de la CN- que consagra la obligación de seguridad en tanto deber objetivo de resultado que rige aún en la etapa precontractual y, naturalmente, alcanza a todas aquellas situaciones de riesgos generadas por los procedimientos operativo arbitrados, e impuestos de manera unilateral por los proveedores.

En este punto sobre los alcances de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, es dable señalar que la figura apunta a cubrir cualquier tipo de lesividad que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo (cf. MOREA, Adrián Oscar, El Phishing y los préstamos digitales, un nuevo foco de responsabilidad bancaria. Publicado en Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Ed. Erreius, Febrero 2022).

Como consecuencia lógica de esta relectura de la obligación de seguridad en el ámbito consumeril, se ha considerado que estamos frente a un deber de resultado que reconoce su fundamento en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse durante la fase precontractual, contractual y poscontractual. De conformidad con tal amplitud, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales (CSJN, "Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", Fallos:

333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti; CSJN, "Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro", Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.).

Y en relación al estándar de conducta imponible al Banco, cabe reiterar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva agravada y, en función de ello, recae sobre los proveedores bancarios la obligación de realizar todas las acciones que exija la naturaleza de la relación de consumo, tendientes a evitar perjuicios a los usuarios del sistema. Se trata, en efecto, de un deber lo suficientemente amplio como para abarcar prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación de los clientes.

De este modo, los parámetros o estándares de actuación de los bancos adquieren una especial dimensión y estrictez en virtud de la superioridad técnica y económica que deriva de su insoslayable profesionalidad. Ello impone una operatividad concreta de las pautas contenidas en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com:

Por un lado, la segunda mitad del primer párrafo en tanto manda a analizar con estrictez *"la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"*; por el otro, la disposición del segundo párrafo refuerza la especial diligencia que le incumbe al Banco en el cumplimiento de este cometido: *"Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes"*. En esta línea, Chamatropulos sostiene que la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también



Poder Judicial

regidos por el estatuto del consumidor pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras (Chamatropulos, Demetrio A., El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos, RCyS 2010-IX, 95, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5129/2010).

A los fines de evidenciar la contundencia con la cual se está evaluando esta obligación de seguridad, resulta ilustrativo traer a colación lo resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el caso "*Zappettini*".

Entonces, los magistrados votantes sostuvieron que: *"la responsabilidad del banco es, desde el punto de vista del cliente, la que deriva de la existencia de una obligación de resultado en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos, etc. y, a la vez, de seguridad en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros"*. (CNCom., sala D, 11/08/2009, "*Zappettini*, Raúl M. c. Banelco SA", JA 70054894, LLOnline 20090796).

Este criterio se potencia en el estado actual de desarrollo tecnológico que asola al mundo, atento a la necesidad y conveniencia de canalizar una mayor cantidad de operaciones a través de los servicios financieros. Tal circunstancia conlleva para la entidad financiera la responsabilidad de actuar con la atención y cautela que corresponda al servicio que presta y se obliga a cumplir, máxime cuando dentro de tal sistema se insertan los derechos de millones de personas que muchas veces no cuentan con la posibilidad de acudir a otra alternativa.

Considero entonces que la extensión

conferida a la obligación de seguridad bancaria, guarda adecuada coherencia sistémica con las reglas y principios que rigen en el sistema iusprivatista argentino y, por sobre todo, con el criterio protectorio que domina en las relaciones de consumo, cuya vigencia, lejos de rehuir a la realidad específica de las transacciones bancarias, adquiere aquí una intensidad mayor atento a que la situación de vulnerabilidad cognoscitiva, técnica y económica del usuario bancario tiende a profundizarse en este ámbito.

De la aplicación de las reglas y principios vigentes en el orden jurídico se desprende que **los consumidores financieros requieren en el entorno digital de una protección mayor a la que reciben en el mundo físico.**

Como bien explica Tambussi, *"el sistema de comercio por medios electrónicos agrava las obligaciones de las entidades bancarias porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se profundiza en el mundo virtual (...)".*

Ahora bien, **lo medular** en el caso entiendo que tiene su origen en que la actividad bancaria es atravesada por la utilización de plataformas digitales para concretar operaciones bancarias (que reitero unilateralmente el banco imponen a los y las clientes como única alternativa para operar) y ahí generan es una especie de delegación en los consumidores, ya que es patente que por ejemplo aquella solicitud de préstamos que antes se formalizaba personalmente ante la propia entidad bancaria, que brindando el servicio verificaba distintos recaudos previo al otorgamiento del préstamo por el cual se endeudaba su cliente o clienta, ahora, o al menos **al tiempo de aquella estafa de la cual fue víctima Doufour no se dieron verificaciones fehacientes que justamente permitieran**



Poder Judicial

advertir nada mas y nada menos que una adulteración y/o captación de los datos claves de ella para en su nombre sacar el crédito. Situación que antes, con aquel operar personalizado por ante la entidad hubiera podido acontecer?...

Con ello no quiero significar que la utilización de sistemas digitales, via web no puedan ser herramientas para que el sistema financiero pueda actuar en el mercado, pero luce evidente, más que evidente, que: por un lado resultó absolutamente insuficiente el sistema de seguridad desplegado, al menos reitero al tiempo de la concreción de la maniobra (JUNIO 2021) que denuncia la actora, pero además, en su caso de verificarse un daño por esa actividad que indirectamente dejó de concretar la entidad bancaria y se “delegó” en el propio cliente/clienta para que con un “clik” solicite un préstamo y se le otorgue, quien debe asumirlo?.

Así, abordando la cuestión puntual planteada en el caso de autos, tenemos que la actora se ha visto perjudicada por la obtención de un crédito y posterior transferencia de su importe a la cuenta de un tercero, y la maniobra ardidosa de ese tercero no la podemos subsumir como eximente de responsabilidad , corresponde descartarlo como causal excusatoria.

En eso ha sido categórica y coincidente la jurisprudencia cuando se trató de evaluar situaciones delictuales de robos u otros delitos cometidos en cajeros automáticos, sucursales bancarias o sus inmediaciones (Sup. Corte Buenos Aires, 11/08/2020, “G., M. F. c. Banco de Galicia y Buenos Aires”, L.L., AR/JUR/32604/2020Cám. Nac. Civ.,lo Civil, sala A, 16/07/2021, “Molteni Hevel, Osvaldo y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, SJA 10/11/2021, 54 JA 2021-V RCyS 2021-VI , 221, L.L., AR/JUR/106040/2021; Superior Tribunal de Justicia Jujuy, Sala Civ., Com. y de Familia, 10/03/2021, “Vilte, Lucy Carolina c. BBVA Banco Francés, hoy BBVA Argentina - Sucursal Jujuy s/ recurso de

inconstitucionalidad", L.L., AR/JUR/4290/2021, entre otros).

Claramente se juega aquí el deber de seguridad como factor objetivo de responsabilidad puesto en cabeza de la entidad financiera que consistía básicamente en adoptar todas las medidas de seguridad en la órbita bancaria digital para prevenir y evitar el flagelo del phishing que azota hoy nuestro tráfico comercial y financiero.

No hallo que la conducta de la actora haya interrumpido el nexo causal que la demandada pregona, ni en forma total o parcial, puesto que la secuencia dañosa se produjo pura y exclusivamente por la inobservancia de los deberes de vigilancia quizás más estricto que la entidad bancaria debería haber adoptado (art. 5 y 40 ley 24240 y 9 de la ley 25.326; arts 384 y 474 del CPCC y su doctrina).

Es que siendo profesionales en la materia, los proveedores bancarios están obligados a contemplar estos riesgos y adoptar las medidas de prevención suficientes para garantizar la seguridad de los consumidores cuando operasen en los canales y vías digitales impuestos por aquellos.

Por tal motivo, no resulta suficiente alegar que el consumidor se "*descuidó*" o fue víctima de un hackeo en su correo y pudieron así generarse claves cuando ello constituye **un riesgo propio del entorno digital que el proveedor bancario decidió introducir**, debiendo prever esta situación propia del entorno digital y adoptar todas las medidas de prevención tendientes a neutralizar esas estafas y fraudes.

Sintetizando, la peligrosidad del sistema es demasiado evidente y desde el punto de vista causal es determinante.

PLEXO PROBATORIO.



Poder Judicial

Luce claramente probado ello de las distintas y sucesivas medidas informativas desplegadas en autos, surgiendo esa situación dañosa que emerge de la actividad bancaria con uso de las plataformas digitales, afectando a clientes y usuarios.

En este sentido he de detallar la obrante: a fs. 149 el Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología contesta oficio N° 1475/21 en los siguientes términos: *“Que desde fecha 13/12/2020 a fecha 20/8/2021 se han registrado 33 (treinta y tres) denuncias por delitos por phishing o estafas bancarias, remitiendo nóminas de los denunciantes y las entidades bancarias denunciadas...”*; a fs. 256 obra agregada Acta de Audiencia Testimonial en la cual comparece el Sr. Broccardo Adrian Alejandro, quien responde: *“...A mi lo que me sucedió que me jaquearon el mail... me sacaron la plata... luego hice la denuncia al MPA... Respecto del Banco, hable con la gerente y no medio ninguna solución...”*; a fs. 265 la Oficina Municipal de Información al Consumidor en respuesta al Oficio N° 1478/21 manifiesta: *“Esta Oficina.. ha recepcionado durante este año 2021 los siguientes casos de phishing o estafas bancarias: 1- Gaia Fabiana c/ Bco Santa fe -\$200.000 Resuelto 2- Guerini Jose c/ Bco Santa Fe -\$9000 por mes +/- Resuelto 3- Manzini Damian c/ Bco Hipotecario -\$88.000 En Trámite Cabe aclarar que los Reclamantes Gaia y Manzini realizaron las correspondientes denuncias en Fiscalía. El caso del Sr. Guerini fue conciliado con acciones de Buenos Oficios”.-*

También, a fs. 277 la propia Asociación de Usuarios y Consumidores Unidos en respuesta al Oficio Ley N° 164/21 manifiesta: *“Al respecto informamos que registramos 11 (once) reclamos contra Banco Hipotecario S.A.; con causa en estafas bancarias y/o phishing, ingresados a través de nuestra página web*

<http://v0021348.ferozo.com/Admin/Reclamos/CreatePublic>.

/cuatro) de dichas denuncias pertenecen a la sucursal Venado Tuerto, de la mencionada entidad bancaria demandada Banco Hipotecario S.A... Informamos además que hemos visto aumentar de forma drástica el número de denuncias con causa en estafa bancaria y/o phishing, a partir del año 2020, en relación a años anteriores...-

En idéntica línea a fs. 279 el Ministerio Público Fiscal a cargo de la Unidad Especializada en Ciberdelitos, en respuesta al Oficio Ley N° 161, expresa: *“...podemos indicar que durante 2020 hemos registrado un incremento de casos de captación engañosa de datos personales (o intentos de) Los datos que se han pretendido captar son variados y no se refieren exclusivamente a credenciales de acceso al homebanking. Con relación a esto último, registramos un incremento de alrededor del 3000% en reportes (no necesariamente denuncia formales) de accesos indebidos a cuentas bancarias y posterior fraude por movimientos no autorizados...”-.*

En consonancia con todo lo anterior a fs. 316/320 la Dirección Nacional de Defensa de las y los Consumidores, en respuesta al Oficio N° 162, manifiesta: *“...En ese sentido, se informa que de la base de datos del Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo -COPREC-, se registran un total de **112** reclamos contra Banco Hipotecario Sociedad Anónima – CUIT 30-50001107-2, de los cuales arribaron a un acuerdo total o parcial **87...**”-.*

Así entonces puede concluirse que el manejo irrestricto de la cuenta por el estafador no se produce -en términos de causalidad jurídica- porque el consumidor haya brindado los datos, sino porque el banco no tomó más precauciones para asegurarse de la identidad del usuario, que desde ya anticipamos a la fecha hay circulares bancarias que así lo exigen, tópico que se profundizará.



Poder Judicial

Dentro del plexo probatorio, más aún de **la pericial informática**, puede inferirse que al correo electrónico de la Sra. Dufour habrían ingresado los defraudadores y con una maniobra lograron obtener en nombre de ésta el crédito en cuestión, corresponde entonces discernir si esta circunstancia probada debe calificarse como un hecho del damnificado (art. 1728 CCC), suficiente como para eximir o atenuar la responsabilidad del prestador del servicio, y a su vez ponderar que según **la Señora perito informática** la seguridad del banco fue suficiente y eficaz.

Esta conclusión de la señora perito no es menor, de su dictamen surge: *“...el banco registra absolutamente todas las interacciones del usuario con la plataforma web...”* luego otras cuestiones preguntadas alude: *“...inconcluyente no se puede contestar en base a la información suministrada...”*, a siguientes puntos dijo: *“...pregunta subjetiva descartado...”*. Posteriormente al preguntársele: *“considera que las medidas de seguridad, validación de identidad y/o control tomadas por el banco son suficientes para prevenir o evitar las operatorias de phishing. En caso de respuesta negativa detalle las medidas de seguridad para prevenir eficientemente este tipo de delitos.”* A lo que respondió: *“... los métodos de validación del banco no fueron vulnerados por tanto: el sistema de seguridad que poseen es suficiente para dicho propósito...”*, y quedó agregado al punto siguiente: *“...se realizaron pruebas de vulnerabilidad de tipo ddos contra los host del banco y no se presentaron vulnerabilidades contra el mismo...”*, concluye: *“es concluyente que el ataque fue de tipo phishing sobre el usuario y no sobre las diferentes plataformas de operación del banco. Fue vulnerado el mail personal de DUFOUR por el cual fue revalidada sus credenciales de acceso de manera lícita según las políticas de autenticación del banco...”*

Así dada tal pericial lo que emerge es que – aunque haya respetado en ese momento el banco las medidas de seguridad vigentes - no fueron suficientes como políticas de autenticación de la entidad bancaria para justamente evitar que un tercero impostor realice tal maniobra de impostarse en la identidad de la actora, y a punto tal eso es así que posteriormente a la fecha de este suceso de phishing denunciado se emitieron numerosas **circulares del BCRA advirtiendo la insuficiencia en los métodos que se utilizaban de autenticación en operaciones en las cuales se concretaban endeudamientos de los, y las clientas.**

Por ello al merituar la referida pericial es medular – a la fecha- noviembre de 2022- referir y destacar que justamente con posterioridad a situaciones como la de marras el BCRA debió dictar las referidas circulares tendientes a evitar serios perjuicios patrimoniales a los propios clientes y clientas de la entidad bancaria que al ingresar terceros por maniobras fraudulentas en el sistema lograban interferir con estafas como la subyace este caso.

Situaciones como la de marras han proliferado significativamente en los últimos años. Hasta puede afirmarse que ello es un hecho notorio, y así lo indican diversas publicaciones, y no solo las informativas ya reseñadas sino la sola remisión a lo que emerge de noticias y de la propia jurisprudencia imperante, que muestran que las estafas bancarias y los ataques contra el sistema aumentaron de manera notable a cifras alarmantes, al punto – se reitera- que **el Banco Central debió adecuar la normativa y exigir mayores recaudos a la hora de que los bancos otorguen un préstamo por los canales electrónicos.**

Aquí, como en los casos análogos a los cuales nos



Poder Judicial

referimos ut supra, el banco alteró sustancialmente la relación con su cliente ya que fue dispuesta unilateralmente la posibilidad por la entidad bancaria de otorgar préstamos a un solo “click”; sin necesidad de gestión previa, con la simple aceptación y muy pocos pasos, una persona mediante una maniobra de estafa pudo acceder a un préstamo en nombre de otra persona y transferirlo en su propio beneficio.

Y acá es donde entiendo que **el banco alteró las condiciones del contrato de caja de ahorro que lo ligaba con el beneficiario y trasladó parte de la actividad propiamente bancaria al tomador del crédito** con la notoria consecuencia de trasladar los riesgos de operar en forma remota una caja de ahorro, y así por ende los daños emergentes de la misma.

Fue notorio que el sistema simplificado de acceso al crédito generó un gran número de defraudaciones contra sus clientes y los consiguientes reclamos tanto ante las oficinas administrativas de protección al consumidor y la consumidora como las acciones judiciales que proliferaron.

Insisto en que los fraudes y ataques que recibió todo el sistema fue masivo, al punto que – como ya se esbozó- y es necesario reiterar por ser medular EN ESTA LITIS – tal situación genero sucesivas y reiteradas **circulares que el BCRA**, dictándose medidas tendientes a evitar tales situaciones, así: en **julio de 2021** adecuara la normativa, mediante la **Comunicación "A" 7199/2021**, titulada "Protección de los usuarios de servicios financieros. Comunicación por medios electrónicos para el cuidado del medio ambiente", en la cual se destaca que los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en toda relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos, a recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten (incluyendo sus

términos y condiciones), así como copia de los instrumentos que suscriban y condiciones de trato equitativo y digno. Y en su artículo 2° dispone:

“Cuando la contratación de productos y/o servicios a distancia se efectúe por medios electrónicos, (las entidades financieras) deberán:

“– otorgar al usuario los medios técnicos necesarios para que, antes de la contratación, pueda detectar y subsanar eventuales errores u omisiones en la carga de los datos;

“– proporcionarle al usuario un mecanismo de confirmación expresa de la decisión de efectuar la contratación, de forma tal que su silencio no sea considerado como consentimiento.”

También la **Comunicación A “7370” del 24 de septiembre de 2021**

Dicha circular refiere: *“...Para la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle –a través de algunos de los puntos de contacto disponibles– que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de los 2 (dos) días hábiles siguientes. El citado*



Poder Judicial

plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente.

La entidad financiera quedará exceptuada de implementar lo previsto precedentemente, en la medida de que dé cumplimiento a alguna de las siguientes condiciones:

a. Que para la autorización de un crédito preaprobado la entidad financiera verifique fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada, mediante soluciones biométricas con prueba de vida.

b. Que la entidad financiera cancele el crédito preaprobado, asuma la devolución de las sumas involucradas y anule los posibles efectos sobre la situación crediticia de la persona usuaria de servicios financieros afectada, ante la denuncia policial presentada por esta persona usuaria de acuerdo con el modelo de acción “asumido” definido en el requisito RMC004, siempre que la denuncia se presente en un plazo máximo de 90 (noventa) días corridos desde el vencimiento de la primera cuota del crédito.

Y justamente con relación a esta circular puntual se refirió **en un caso jurisprudencial** (vide “Piccardo Maria Albertuna c/Banco Santander Río SA s/Nulidad acto jurídico” expte 64.318- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Peregamino – 27/09/2022-) diciendo: “...con posterioridad al hecho nótese que el Banco Central dictó la Comunicación “A” 7370 que ajustó aún más los dispositivos de seguridad tanto en su extensión cuantitativa como cualitativa. Y si bien la normativa es posterior al hecho motivo de autos, nos da la pauta de que los mecanismos utilizados por el banco no alcanzaban el nivel de seguridad razonablemente exigible para garantizar la autenticidad de

las operaciones..."

Dichas **circulares** formaron parte de toda una reglamentación sancionada por el **Banco Central de la República Argentina**.

La entidad matriz ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de la operatoria" (Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6).

En tal sentido, entiendo que la genuinidad no sólo implica la adopción de recaudos tendientes a asegurar que la operación se concrete a través del token que instrumenta la firma electrónica de la actora (autenticidad interna), sino también de aquellas otras prevenciones que resultan aptas para reducir los riesgos de que este dispositivo pueda ser utilizado ilegítimamente por personas distintas de su titular (autenticidad externa). En la especie, la verificación adicional de la operatoria a través de otro medio de comunicación resultaba prima facie un cuidado razonablemente exigible y proporcionado que podría haber evitado la consumación de conductas tipificadas por la ley penal.

Sin perjuicio de ello tampoco es excusa el haber cumplido con la **normativa del BCRA** vigente a ese momento, ya que, como bien se ha sostenido, el banco puede adoptar por su cuenta mayores y más severos recaudos de seguridad de ser necesario a tal fin (PAZ, Elizabeth M., NAGER, María A., "*Responsabilidad de las entidades financieras por robo en cajeros automáticos*", L.L., 08/10/2020, p. 8; L.L. AR/DOC/3102/2020.).

El sistema fue corregido después, por **normativa del BCRA** que exigió una medida adicional tan elemental como la de



Poder Judicial

verificar la identidad del beneficiario y la confirmación de la operación sin que silencio del usuario pueda ser tomado como aceptación, pero para esto las víctimas se contaban por miles.

Así pues, al realizar el análisis ex post facto para determinar la incidencia causal de las conductas del banco y de la víctima en la producción del daño, se puede concluir que si el proveedor hubiera optado por un sistema más seguro, el daño no hubiera ocurrido a pesar del hecho de la víctima. Este último sería inocuo, no pasaría de ser una condición o circunstancia incapaz de provocar el daño, pues los sistemas de seguridad lo hubieran evitado.

El sistema no es ajeno al banco, sino que es impuesto y diseñado por la entidad, forma parte de su esfera de acción. Ello así, cuando se quiebre la seguridad del sistema, el hecho de la víctima no reunirá los requisitos para eximir de responsabilidad en cuanto no se tratará de un hecho exterior ajeno a la explotación, a las actividades, a las cosas de propiedad del deudor, a la obligación de seguridad.

A mayor abundamiento, en una situación análoga¹ se ha sostenido *"Sin perjuicio de cierto grado de reproche que podría merecer prima facie la actuación de la actora, entiendo que atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica -en tanto hecho público y notorio- y la relativa facilidad que tendría el Banco para adicionar acciones suplementarias de control y ratificación (vgr. confirmación telefónica y/o por correo electrónico de la operación realizada), resultaría a*

¹Causa N° 4217-21 "Juárez, Andrea Natalia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medidas Cautelares (Traba/Levantamiento)". Registro N° 52 / 2021,

priori esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado (art. 40 de la ley 24,240) -que reconoce como factor de atribución el deber de garantía y la obligación de seguridad (art. 5 y 6 de la ley 24.240)-, y el deber de prevención ex ante del daño (art. 1710 inc. a del CCyC)"

Concluida así la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad corresponde que me aboque a los rubros reclamados por la actora y controvertidos por la demandada.

RUBROS INDEMNIZATORIOS.

1.- DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE CONTRATACIÓN DE TRANSFERENCIA.

Así reclama "...la suma de \$80.000 con más los intereses compensatorios y punitivos desde que se celebró ese contrato sin la voluntad de la clienta del banco, la misma se efectuó – el 15/06/2021, debiendo acreditarse dicha suma a la Caja de Ahorro de la propia actora..." .

Claramente la procedencia de reparación del daño patrimonial emerge lisa y llana en esta instancia con certeza del derecho de la actora, que si bien en su oportunidad no fue admitida como medida cautelar por las razones expuestas en la pertinente resolución que obra en este proceso, la situación en esta instancia de abordaje del fondo de la cuestión es de reconocimiento de la responsabilidad objetiva de la entidad bancaria tal como ya se consideró en párrafos precedentes, y así entonces cabe endilgarle la obligación de reparar el daño patrimonial padeciendo debiendo



Poder Judicial

reintegrarse la suma retenida con más intereses.

2.- DAÑO MORAL.

La actora refirió: *“La confianza y tranquilidad que generaba el sistema informático del Banco fueron destruidas por la demandada, toda vez que con la sola lectura de los hechos, se nota con claridad la vulnerabilidad del sistema, generando sentimientos de intranquilidad, preocupación, etc., que al día de la fecha repercuten negativamente en su estado espiritual y se trasladan a todo su entorno personal...”*

“Durante todo este tiempo, he tenido innumerables gestiones y trámites para obtener siempre respuestas negativas e infundadas de representantes del Banco, no teniendo otra opción que acudir a un letrado e iniciar la presente acción judicial...”

Invoca como principios aplicables la obligación del banco de concretar un trato digno al consumidor y además el principio pro homine o favor persona que respalda esa carga del prestador del servicio.-

Ante ello concluye: *“...solicito la suma de \$300.000 (pesos trescientos mil) o en lo que en más o en menos determine VS...”*.

Por su parte la demandada al repelerlo esgrime:

“...cuando el Banco se enteró de la situación, lo que primero que hizo fue proceder al bloqueo de sus cuentas y de la tarjeta de coordenadas para que no se siga agravando el daño y en todo momento se le explicó que dicho bloqueo lejos de hacerse en su perjuicio, era para protegerla.-

Debe considerarse también, que debido a la pandemia del COVID 19, la gran mayoría del personal de mi mandante no está concurriendo a su lugar de trabajo, sino que lo hace en forma remota y desde sus casas, donde obviamente los recursos no son los mismos que en las oficinas del Banco, pero así

el Banco siempre estuvo presente atendiendo todos y cada uno de sus reclamos.-

Bajo esta perspectiva de gratuidad que le otorga la "Relación de consumo" y sin que aportar ninguna prueba concreta sobre la responsabilidad de mi mandante en la comisión de los hechos dañosos (ilícito), solicita una reparación de \$300.000.- por daño moral, reclamo que debe ser rechazado.-

Sucesos como el que se ventila en estas actuaciones, no pueden constituirse en fuente de enriquecimiento patrimonial, ya que ello constituía una solución in-equitativa e injusta.-

En los casos de indemnización por responsabilidad contractual y reclamo de daño moral, la jurisprudencia ha interpretado la facultad concedida al legislado con criterio estricto, exigiendo que quien lo invoca pruebe correctamente su acaecimiento, y que las perturbaciones excedan las imples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento contractual.-

Dado el plexo probatorio obrante en autos, y ya habiendo concluido en casos análogos cómo ha de analizarse la procedencia del daño moral en cuestiones contractuales, ya que la demandada alude a tal tópico como elemento fundante para que este rubro se rechace, he de reiterar que para acreditar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades de la víctima a fin de establecer el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto.-

Para evaluarse tal reclamo y fundamento es importante aclarar que estamos aquí ante una cuestión de responsabilidad contractual, entre el requirente en autos como cliente del Banco demandado y que reiteradamente se ha sostenido que en esta órbita el incumplimiento no puede justificarse por sí y en cualquier caso la existencia de daño moral, si bien como dijimos no requiere



Poder Judicial

prueba directa por el tipo de daño que se pretende resarcir esto no determina disponerse a su rechazo a ultranza.-

Asimismo no debe perderse de vista que además de esa responsabilidad eminentemente contractual **la responsabilidad por daños en las relaciones de consumo se enmarca conforme arts. 5, 40 y ccds. de la LDC en un régimen autónomo**, signado por la prevención y la superación del rígido encuadramiento de la responsabilidad en órbitas diferenciadas (contractual o extracontractual), la objetivación de la responsabilidad del proveedor, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción y la preocupación por el afianzamiento del principio de reparación integral² características propias del micro sistema del derecho consumeril que permiten otra visión de la cuestión.

Pero no obstante ello, se relaciona el punto con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales que no son equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes, o perturbaciones que pueda llegar a provocar un incumplimiento, en tanto estas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial.-

Entonces, como se dijo en tales casos el daño moral en principio no se presume y, por ende, debe ser probado por elementos indiciarios y en el sub lite se ha rendido la prueba pericial psicológica a fs. 281/284 efectuada por la perito Carina Sicardi, en la cual se informa: "...5) *Indique si existió daño psíquico o no. Esta perito considera que de acuerdo a la patología padecida por la actora a consecuencia del accidente en autos, es necesario que la misma realice tratamiento psicológico. Sugiero psicoterapia focalizada, orientada a fortalecer y equilibrar emocionalmente al*

peritado, tendiendo a evitar el agravamiento del daño ya consolidado al momento de las entrevistas periciales, durante no menos de un año y con una frecuencia semanal.

Tomando como parámetro la ciudad de Rosario y teniendo en cuenta los honorarios profesionales corrientes a la práctica privada que son de un mil trescientos cincuenta pesos (\$1350). la sesión de psicoterapia focalizada individual, el tratamiento que se propone tendría un costo estimado de Pesos sesenta y cuatro mil ochocientos (\$.-64.800) por 48 sesiones de psicoterapia.

Teniendo en cuenta, en cada caso particular, cómo un hecho determinado influye en la vida de una persona, en el caso que nos ocupa y de acuerdo a los signos observados esta perito considera que el impacto incapacitante de la actora al momento de las entrevistas periciales es de un 20% VPG (Valor Psíquico Global) o VPI (Valor Psíquico Integral), parámetro que indica la capacidad plena de un individuo en relación a la propio de la etapa evolutiva por la cual transita, según el Baremo para Valorar Daño Psicológico y Psíquico de Castex y Silva (2003), dicho porcentaje se corresponde al Código 2.6.7 síndrome de estrés post traumático moderado”.-

Y luego si bien a fs. 297 Dr. Gómez Tomei formula observaciones a tal acto pericial diciendo:“...En relación a las entrevistas que la perito manifiesta no relata cuantas fueron ni que tiempo de duración tuvieron las misma. Tenga V.S. en consideración que fijó fecha de pericia para el día 29/11 a las 8 am y los resultados de la misma estaban al día siguiente a las 7,27 am conforme está acreditado en autos. Esto prueba a las claras que no hubo varias entrevistas o al menos debió aclarar en que momento de las 23,27 horas que pudo peritar a la actora sucedieron esas "entrevistas" a la que refiere la perito (ver Punto II conclusiones y diagnostico).

El test del hombre bajo las lluvia, es una prueba posee una



Poder Judicial

consigna muy simple, se le pidió a la actora que dibuje a una persona bajo la lluvia y posteriormente que cuente una historia relacionada con ese dibujo.

Dibujar esta consigna pondrá de manifiesto la actitud hacia las consignas, la presión y las frustraciones, e inevitablemente quedarán expuestos los mecanismos de defensa preferidos frente a los aumentos de los niveles de ansiedad.

El objetivo principal es obtener información sobre la personalidad de la actora a través, no solo de la imagen dibujada, sino también de los modos de responder a las consignas, la autoridad en circunstancias "incómodas" o "desagradables".

Este estudio, simple, que por lo general se hacen en las entrevistas pre laborales, si bien obtiene alguna información de la personalidad no puede justificar que ese nivel de angustia provenga por la desaparición de los \$80.000 de su cuenta bancaria.

La perito tampoco adjunta el dibujo, que la actora realizó, por lo que es imposible justificar cuales fueron los trazos que le dan los fundamentos de dicho diagnóstico...".- Todas y cada una de tales consideraciones vertidas por el letrado no pueden cuestionar el contenido de un acto pericial brindado por una persona con experticia en la materia, en su caso un delegado técnico debió participar en el acto y/o brindar razones científicas de impugnación.

Así es la respuesta dada a fs. 300/301 por Carina Sicardi, en su carácter de Perito Psicóloga: "...cuestionar la veracidad de los test gráficos en las pericias psicológicas de larga data, cuya rigurosidad científica está demostrada, es una falacia casi irascible... Para ello se utilizan test psicológicos que son herramientas útiles, intentan, en la medida de lo posible, que la información que se obtiene a través de ellos sea válida y fiable...".-

No hay duda que lo dictaminado por la perito aporta un elemento esencial al tiempo de cuantificar este rubro, y así además emerge del propio caso el padecimiento de la actora,

que además del perjuicio patrimonial sufrido ha visto menoscabado su ánimo y su tranquilidad de ánimo, situación que merece una reparación, por ello estimo como razonable fijar la suma de pesos quinientos mil que fuera solicitada en la demanda (\$ 300.000).-

A mayor abundamiento, como lo he señalado en anteriores supuestos de reclamados de esta índole: "*conforme las enseñanzas de Matilde Zabala de González en materia de prueba del daño moral, no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o genérico de no dañar) ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce*" (Resarcimiento de daños, 5°, "Cuanto por daño moral" Hammurabi, Bs As, 2005, pags 158 y ss).- Cité allí a la autora quien puntualiza que "*aunque no se exija una prueba exhaustiva de la afección espiritual padecida, las circunstancias del caso posibilitan al juez, en ejercicio de facultades que le son propias y aplicando las reglas de la experiencia, juzgue si de acuerdo al normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita*" (Cfr. Zavala de González Matilde, Resarcimiento de daño moral" Astrea, 2009, pags 189 y sgtes".

DAÑO PUNITIVO:

Para justificar su procedencia alega la actora: "*...En el caso que nos ocupa debo decir que estamos ante un caso de importante gravedad de la conducta, agravado ello en el aprovechamiento de la situación de debilidad económica de mi mandante mostrando un marcado menosprecio a su situación de debilidad económica de mi mandante mostrando un marcado menosprecio a su situación e indiferencia de su parte respecto de los derechos como consumidor bancario. ..*"

Agrega: "*...las practicas perpetradas por el*



Poder Judicial

banco resultan inadmisibles, no brindó al usuario los dispositivos de seguridad adecuados al servicio prestado, en un contexto de alto riesgo advertido por el BCRA con incremento de ciberdelitos no estuvo a la altura de las exigencias, no verificó la autenticidad del pedido a pesar de ser una operación no habitual en el cliente, no remitió las condiciones del contrato de préstamo supuestamente concertado, no dio aviso de las transferencias efectuadas, no resolvió los reclamos presentados por el usuario violando toda la regulación que el BCRA emitió al respecto, y como si ello no bastara pretende seguir reclamando el crédito no solicitado...”.

Estima como monto correspondiente la suma de \$500.000 con lo que en más o menos estime el Tribunal.

Por su parte el demandado para repeler este rubro esgrime:“... De las constancias de autos y de las explicaciones realizadas en los puntos anteriores, surge que no hubo incumplimiento contractual ni legal de parte de mi mandante y a más surge, que el Banco Hipotecario SA en ningún momento obró con dolo o malicia o abuso de posición. Por el contrario, mi representado actuó en todo momento dando estricto cumplimiento con la normativa emanada del BCRA, y las medidas que tomó luego que la actora denunció fraude en su cuenta sueldo, fueron de protección y prevención de mayores perjuicios económicos para ella. - _

... El fraude cometido por ese TERCERO ajeno a mi representado, jamás habría sido posible sin la deliberada u voluntaria colaboración de la Sra. Dufuor...”

En primer lugar para analizar la admisión del daño punitivo conforme todos y cada uno de los argumentos expuestos ut supra ya se concluyó que en este caso hubo responsabilidad del banco por el daño padecido y además que las medidas de seguridad adoptadas evidentemente resultaron

insuficientes para evitarlo, más allá de la intención de actuar para que no se agrave, el punto está en la prevención del mismo y en la debida posibilidad de evitarlo. Y en su caso la reparación por el acaecimiento.

También ya se aclaró que la intervención de un tercero concretando el fraude tampoco es causal de excusación para la entidad bancaria.

Dicho ello es esencial tomar como **base para el abordaje del daño punitivo el criterio reciente sostenido por la Excma. Cámara Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto in re “Di Miscia Miguelina c/ BSF (Bco. Serv. Fin.) y otros s/demanda sumarísima. Resolución 261 T.40 F. 144/152 CUIJ 21-24820560,** caso en el cual esta primer instancia no había hecho lugar al daño punitivo solicitado, pero la Alzada con argumentos sólidos concluyó que sí correspondía diciendo: “...*la norma – art-52 bis LDC permite la aplicación de una multa civil en favor del consumidor, para lo que se deben satisfacer dos requisitos: a) pedido de parte...y b) que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales hacia el consumidor...y en autos hemos registrado un doble incumplimiento legal: el art. 4 de la ley 24240 y 23 inc. M de la ley 25065...El hecho es grave desde que se trata, en el primer caso, del incumplimiento de un derecho de rango constitucional como es el derecho a la información del consumidor reconocido en el art. 42 de la CN...*”

Además **doctrinariamente** se considera importante el mérito de requisitos tales como: el incumplimiento del proveedor respecto de sus obligaciones legales con el consumidor, la solicitud de aplicación por el perjudicado, la graduación numérica teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la independencia de esta pena con otras indemnizaciones, todo ello expuesto por Picasso en Nuevas Categorías en la Ley de Defensa al Consumidor p. 133 citado



Poder Judicial

por Jorge Mosset Iturraspe y Javier Wajtraub en Ley de Defensa al Consumidor Ley 24.240 y modificatorias Editorial Rubinzal-Culzoni".-

Y además en consonancia con aquel **antecedente jurisprudencial** de la Alzada de este Juzgado traigo otro precedente que dijo: *"El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece que: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley"*.

La norma es clara en cuanto como requisito exigible para su aplicación indica que el proveedor no cumpla sus obligaciones que tanto la ley como el contrato le imponen para con el consumidor. *"Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales"* (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 278/279; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María Velentina, Tratado Teórico-Práctico de Derecho

Comercial, Abeledo Perrot, t. II-B, Buenos Aires, 2009, pág. 1197; Conclusiones de la Comisión 10, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, publicadas en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ed. La Ley, pág. 196)".

"Es que el Banco demandado por su calidad profesional debió ser más diligente en solucionar el conflicto al que por su accionar hizo que la relación contractual, la que debía llevarse en buenos términos y con debida diligencia, sino que por el contrario realizando los actos reprochables que enunciara el juez de grado, incluso a llevar un proceso adelante... "-

"Cabe tener en cuenta que: "El instituto del daño punitivo abasteca tres funciones: I) sancionar al causante de un daño inadmisibles; II) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, III) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (CC0203 LP 124158 RSD-229-18 S 25/10/2018 - Carátula: Chacon Damián Esteban c/ Plan Ovalo S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ Daños y Perj. incump. Contractual (exc. estado) - sumario Juba:B356893).

Al respecto, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Santa Fe en septiembre de este año- 2022, la Comisión 4 sobre "Daño Punitivo" concluyó por despacho unánime que: "*Los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria*".

La procedencia del art. 52 bis de la ley 24240 tal como sostuvo la Excma. Cámara Civil, Comercial y Laboral de esta Circunscripción tiene su respaldo en la garantía protectoria ya aludida en este fallo establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional.

Entonces en el caso en examen



Poder Judicial

doctrina, ley y jurisprudencia dan respaldo a lo peticionado y más aún cuando **la prueba informativa ya enumerada** al describir la comprobada responsabilidad de la demandada también ilustra y aporta elementos para fundar este rubro indemnizatorio.

En este contexto, frente al incumplimiento puntal ya concluido y analizado a lo largo de este fallo del deber de seguridad pleno con prevención del daño por parte de la entidad financiera, más el resto de las valoraciones que se desprenden del análisis precedente, propicio el acogimiento del daño punitivo en el importe pedido en la demanda de \$ 500.000 por tal concepto.

Además he de dar como fundamento para imponer tal rubro que la finalidad del daño punitivo no se agota en la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares ; razones todas ellas que llevan a considerar especialmente su ponderación.-

Que por último corresponde determinar los **INTERESES** que se deben fijar en el supuesto a los fines de su aplicación a los rubros admitidos precedentemente.-

En este sentido, y siguiendo el precedente Samudio (CCivil, en pleno, 20/04/2009, LA LEY 2009-C, 99), entiendo que en este supuesto particular deberá aplicarse **la tasa activa sumada para operaciones de descuento del Nuevo Banco de Santa Fe SA** (arg. Art. 768 CCyC).-

Y es que, como refiere el fallo citado, *“la reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral a fin de dar cumplimiento a lo que dispone la*

norma del art. 1083 del Código Civil.- Entonces, para que aquella sea realmente retributiva los intereses tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, además de cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.-

Así también se dispuso en autos "*M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas SA s/ daños y perjuicios*" ³ un fallo de responsabilidad civil de los concesionarios viales en el marco de las relaciones de consumo, que aplicó el precedente Samudio para el cálculo de intereses en la indemnización.-

La tasa de interés moratorio debe ser suficientemente resarcitoria en la especificidad del retardo imputable que corresponde al cumplimiento de la obligación dineraria con la finalidad, entre otras, de no prolongar la ejecución de la condena indemnizatoria en detrimento del patrimonio de la persona damnificado.- Con el objeto de mantener incólume la cuantía de la obligación deben fijarse tasas de interés positivas en procura de evitar que, debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una suma nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido.- ⁴

De ahí que, en una economía donde la inflación es igual a cero cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva.- Pero frente a la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso.-

Se agrega a ello que hoy nadie puede desconocer la desvalorización monetaria, reconocida inclusive por los

³ CNCiv., sala L, "*M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas SA s/ daños y perjuicios*", del 8 de marzo de 2021; AR/JUR/1466/2021

⁴ CNCiv., Sala G, in re "*Velázquez Mamani, Alberto c/ José M. Alladio e Hijos S.A. y otros*" del 14/11/06, LA LEY, 2007-B, 147



Poder Judicial

propios índices que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.- ⁵

En razón de las circunstancias económicas puestas de relieve y dado que la modificación introducida por la ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7 de la ley 23.928, prohibiendo toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, se hace necesario que la tasa de interés moratorio guarde relación con los cambios operados.- De tal manera, al encontrarse la tasa actualmente obligatoria por debajo de los parámetros inflacionarios no es retributiva y se aleja de la finalidad resarcitoria de este tipo de interés.-

Una tasa -como la pasiva-, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda.- Es por ello que la tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable.- Al tratarse de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus por mínimo que sea que desaliente el aumento de la litigiosidad.- ⁶

Por último, en relación a las **COSTAS**, las mismas se imponen a la demandada perdidosa (art. 251 CPCC).-

Así las cosas,

FALLO: Hacer lugar a la demanda, declarando la nulidad del préstamo bancario que aparece como tomado por la actora, debiendo en consecuencia reintegrarse a la

⁵ Castillejo de Arias, Olga; "En Mendoza la mora premia, no apremia. A propósito de la sanción de la ley de intereses 7198 de la Provincia de Mendoza"; LL Gran Cuyo, junio 2004, 413

⁶ conf. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, in re "Amaya, Osvaldo D. c/ Boglioli, Mario" del 12/9/05; LL Gran Cuyo, 2005 -octubre-, 911-TySS2005, 747-IMP 2005-B, 2809

misma la suma de \$80.000 que se le ha debitado con más los intereses fijados en la tasa activa sumada del Nuevo Banco de Santa Fe, desde la fecha de tal detracción.

1)Hacer lugar a los rubros de daño moral por la suma de \$300.000 y daño punitivo por \$ 500.000 con más los intereses ya descriptos en el punto 1.-

Insértese, agréguese copia en autos y hágase saber a las partes y al MINISTERIO PUBLICO FISCAL EN SU DESPACHO.

.....
DRA. JORGELINA V DANERI
Secretaria

.....
**DRA. MARIA
CELESTE ROSSO**
Jueza